XXII.

Auch einige Worte über fr. 63. D. 17. 2. und fr. 16. D. 42. 1., von dem legislativen und practischen Gesichtspunkt aus.

Von Gensler.

Lasse man doch dem besonnenen Ulpian die Ehre, daß er ad lib. 63. Ed. die früher ad lib. 31. Ed. aus einem übertriebenen Billigkeitsgrund angenommene, einer guten Gesetzgebung wohl nicht entsprechende, Meinung des Sabinus in der Folge verlassen und seine Selbstberichtigung in der griechisch-zierlichen Verbindung des Accusativs mit dem Gerundium kürzlich aussprechen wollen, oder, will man gewaltsam zu Werke gehen, so beseitige man die mit Ulpians Worten: socium autem omnium bonorum accipiendum est, übervoll sich zeigende Harmonie der Basiliken auch noch durch die muthwillige Behauptung: „wahrscheinlich hätten auch die erst einige Jahrhunderte nach Justinians Gesetzgebung zum Werk schreitenden Verfasser der Basiliken durch unkundige Abschreiber schon verdorbene Manuscripte in die Hände bekommen, oder gar selbst falsch gelesen, indem jene Stelle ursprünglich in den Worten bestanden habe: socium autem omnium bonorum accipi certum est, d. h. wenigstens von diesem socius ist es unbestritten."

Einer doctrinellen Praxis und einer neuen Gesetzgebung aber wird Ulpians Rückschritt besser behagen, als irgend ein

Streben, des **Sabinus** Meinung durch **Ulpian** aufrecht zu erhalten.

Wohl läßt sich für die Sabinische Ansicht einiges sagen.

Es kann 1) der socius auf das sogenannte beneficium competentiae **nur dann** und nur **insoweit** sich berufen; a) **wann** und **insoweit** er mit der actio *pro socio* belangt [1]), und b) die Klage auf einen dolum des Beklagten **nicht** mitgegründet wurde [2]), er auch c) gleich anfänglich seine Qualität als

---

1) L. 16. D. 47. 1. ibi verba: „*pro socio* conveniuntur," §. 38. Inst. 4. 6. si *socius cum socio judicio societatis* agat. Stärker und deutlicher läßt sich diese **Beschränkung** in kurzer Gesetzsprache kaum bezeichnen. Allein obige Streitfrage wird dadurch nicht entschieden. Jene Beschränkung aber ist so weise, als consequent, weil ohne sie das beneficium deductionis des socii auch **über** das Verhältniß der Societät **hinaus** ungerecht wirken würde. Ganz anders ist das Verhältniß zu den Aeltern, dem Patron u. s. w. Auch in Ansehung der Eheleute fanden sich Zweifel der Ausdehnung, sie wurde jedoch von der Gesetzgebung zu derselben Gunsten beseitigt. L. 20. D. 42. 1.

2) Schon nach der allgemeinen Rechtsregel: dolosis jura non succurrunt, aber auch nach speciellen Gesetzen. L. 22. §. 1. Dig. 42. 1. mit L. 63. §. 7. D. 17. 2. Es gedenken die Gesetze in diesem Gebiet nur des **doli**, auch mit dem ausdrücklichen Zusatz mali, conf. L. 63. §. 7. all. L. 22. §. 1. D. 42. 1. mit L. un. §. 7. Cod. 5. 13. Bezweifeln läßt sich aber nicht, daß die culpa lata, Unbesonnenheit, Liederlichkeit u. dgl. darunter mitbegriffen sey, im Gefolge der allgemeinen Regel L. 226. D. 50. 16. u. a. O. Eine Verletzung der von dem socius zu prästirenden culpa in specie hingegen soll in diesem Alimentengebiet noch nicht dem dolus gleich geachtet werden, L. 63. §. 7. D. 17. 2. Dieses enthält allerdings eine, nur aus der **Gunst der Alimente** erklärbare, Ausnahme von der allgemeinen Regel. M. Beitrag zu der Lehre von der Diligenz und Culpa, Heidelberg 1819. pag. 11. f. not. 6. u. pag. 29.

socius eingeräumt hat [3]), Auch muß man wohl hinzusetzen, d) wann nicht der klagende socius, würde solcher nicht ganz befriediget, selbst den Dürftigen beizuzählen wäre [4]). Es gehört also ad a. eine bloße communio, oder, nach **Ulpian**, cum non affectione societatis incidimus in communionem, gar nicht hierher [5]), und selbst der wirkliche socius kann jene Rechtswohlthat in Ansehung **derjenigen** Objecte nicht in Anspruch nehmen, welche der klagende socius mittelst des jud. *communi dividundo* verfolgt [6]).

Wenn man nun 2) bedenkt, daß a) der Beklagte erst **alles wirklich vorhandene gesellschaftliche Gemeingut theilen muß**, ohne hierbei auf ein priv. deductionis Anspruch machen zu können, reichte auch der ihm verbleibende Theil zu seiner **natürlichen Alimention** nicht hin [7]), sodann b) daß bei deren Berechnung nicht einmal

3) L. 67. §. 3. D. 17. 2. L. 22. §. 1. D. 42. 1. Es wird hier ein vorsätzliches chicanöses Leugnen vorausgesetzt, so daß der Verlust der benef. competentiae als poena inficiationis eintritt. Conf. L. 10. §. 1. D. 46. 1.

4) Denn dann kommt die Regel zur Anwendung, privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio.

5) L. 31. D. 17. 2. mit L. 2. pr. in fine D. 10. 3.

6) Dieses ist rechtsmöglich L. 38. §. 1. L. 43. D. 17. 2. eben so wie unter Miterben L. 44. D. 10. 3.

7) Im Gefolge der Gesetze Note 1. Daß das sogenannte benef. compententiae oder privilegium deductionis nur das zum Gegenstand habe, was zur unentbehrlichsten Lebensnothdurft erforderlich ist, ergiebt sich deutlich aus den Gesetzen. L. 6. D. 42. 3. non fraudandus est alimentis *quotidianis*. L. 173. D. 50. 17. ne *egeat*. L. 30. D. 42. 1. *aliquid sufficiens* relinquendum est. L. 30. D. 42. 1. Der **Schenkgeber** hat übrigens auf **größere** Gunst Anspruch, als Andere. L. 49. in f. L. 50. D. 42. 1.

seine mit einem Dritten contrahirten Passivschulden in Anschlag kommen [8]), insoweit er sie nicht qua socius des Klägers ohne dolus und grobe Schuld contrahirt hat [9]), und c) daß, wenn der socius unius rei außer dem Gesellschaftsgut zu seinem nothdürftigen Lebensunterhalt hinreichendes ihm eigenes Vermögen besitzt, obige Rechtswohlthat schon deshalb unanwendbar ist [10]), so wird

3) für den ausgedehnten Gesichtskreis des Sabinus der Regel nach nur der Fall übrig bleiben, in welchem auf Seiten des Beklagten das Societätswesen zugleich desselben ganzes Vermögen ergreift.

Man denke sich zwei Kaufleute, A und B in Compagnie [11]), von welchen jedoch jeder sein geschiedenes Hauswesen und Nebeneigenthum hat, und daß nun A die Gesellschaft auflöst. Mit dem judicio communi dividundo kann er zunächst die Theilung aller vorhandenen Waaren, aller Activaußenstände u. s. w. verlangen, und dabei wird der B damit sich nicht schützen können, daß die ihm bleibende Hälfte zur Bestreitung seiner natürlichen Alimente nicht ausreiche. Hat nun der A noch andere und zwar solche Ansprüche an den B, welche ein Objekt der actio *pro socio* sind, und es reichte zu deren Erledigung weder die dem B zufallende Hälfte des Societätsvermögens hin, noch das übrige Vermögen seines ausschließlichen Hauswesens, ohne ihm, dem B, auch die Mittel der täglichen Lebensnothdurft zu entziehen, so entstehet erst die Frage: ob dieser B nur in id verurtheilt werden kann, quod facere potest? Sabinus war der Meinung, nur inso-

---

8) L. 16. D. 42. 1.

9) L. 63. §. 3. D. 17. 2. mit den Gesetzen Note 2.

10) Denn dann fehlt das factische Verhältniß, für welches das benef. competentiae vom Gesetz gegeben wurde.

11) Societas certae seu unius rei.

weit könne B verurtheilt werden [12]), und Ulpian ad Ed. lib. 33. stimmt ihm bei, weil auch hier gewissermaßen eine Fraternität vorhanden gewesen sey.

In einzelnen Fällen kann dieses wahr, und dem feinen Gefühl widerlich seyn, den zeitherigen Genossen, welchem man ein besonderes Zutrauen schenkte, und Betrug oder Liederlichkeit nicht vorgeworfen hat, gleichsam zum Bettler zu machen. Allein als allgemeine Regel wird es doch zu weit führen und die anscheinende Billigkeit als Ungerechtigkeit darstellen. Man sehe hin auf die mancherlei Particularsocietäten, welche in dem gemeinen Leben, im Handel und Wandel, vorkommen, und denke sich in deren Gebiet das beneficium competentiae! Vielleicht also, daß der practische Ulpian, als er ad lib. 33. Ed. commentirte, wie Sabinus specielle Beispiele vor Augen hatte, in der Folge aber das allgemeine seinem Blick vorschwebte, und er nunmehr der gemeinen Meinung beitrat: „nur der socius *omnium* bonorum habe das privilegium deductionis."

Das Ganze trübt sich aber auch dadurch, wenn man

4) die Allgemeinheit der gesetzlichen Sprache in das Auge faßt. Es mag Zufall seyn, wenn Ulpian in leg. 16. all.

---

12) Hier käme nun zur Anwendung 1) die Societätsschulden sind abzuziehen, d. h. voran muß dem B so viel bleiben, daß er bezahlen kann, was er *nomine societatis* an Dritte schuldet. Es versteht sich von selbst, daß sein klagender socius Sicherheit jener Verwendung fordern kann. 2) Nach Abzug jener Schulden muß dem verurtheilten socius so viel gelassen werden, ne egeat. Dahingegen bleibt 3) ganz außer Betracht und Ansatz, was er etwan für sich selbst, als Nichtsocius schuldet, sey es an dritte Personen, oder an den Kläger selbst — diesen als Nichtsocius betrachtet. Auch behält 4) der Kläger das Recht von dem zur Zahlfähigkeit wieder gelangenden privilegirten verurtheilten die Nachzahlung und deshalb von demselben wörtliche Zusicherung zu verlangen. L. 63. D. 17. 2. L. 47. §. 2. D. 15. 1. L. un. §. 7. Cod. 5. 13.

spricht: *qui* pro socio *conveniuntur*, sodann aber auf die einzelne Zahl, *socium* autem rel. herabfällt. Auch ist auf des Pomponius Worte: quod autem de *sociis* dictum est, ut et hi rel. [13]) ein besonderes Gewicht deshalb nicht zu legen, weil das referens ohne das relatum dunkel bleibt, und in diesem möglicher Weise auch blos von den sociis *omnium* bonorum die Rede gewesen seyn kann. Daß auch Justinian so allgemein hin spricht: item *si socius* rel., ohne alle Spur einer Sonderung der socii certae rei von dem socio omnium bonorum, läßt sich nur durch Bezug auf die Unvollkommenheit und bezweckte Kürze jener Grundlinien schwankend beseitigen, so daß wir uns endlich zum Unwillen gegen Justinian und dessen Gesetzcommission aufgeregt finden, welche die bedeutende Discrepanz mit zwei Wörtchen aufheben können. Doch die Gesetzgeber Teutschlands haben sich auf eine noch mehr lästige Weise benommen. Jahrhunderte hindurch sahen sie Processe verschleift und verewiget, deren Ursprung und Dauer nur in den Controversen und in der Dunkelheit der Hülfsrechte Veranlassung und Grund fand. — Jahrhunderte hindurch ließ man geschehen, daß Doctrin und Praxis Verwirrung und Finsterniß verbreitete. Statt mit wenigen Worten hundert künftige Processe zu verhüten, oder zu kürzen, gab man, so gelegentlich, ellenlange einzelne Gesetze, deren Sinn und Inhalt in einigen Zeilen sich weit deutlicher aussprechen lassen. Und wir sind an der Gränze des vornehmen Rechtselendes noch nicht angelangt! Dieses ist — so glaubt man — ein wesentlicher Bestandtheil unserer höhern Cultur.

13) L. 22. §. 1. D. 42. 1.

14) §. 38. Inst. 4. 6.